



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DIREITO PENAL II - 3.º Ano - Dia

Coordenação e Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres João Matos Viana, Sónia Moreira Reis, António Brito Neves e Mafalda Melim e
Dra. Rita do Rosário

Exame de coincidências de recurso – Turmas A e B

23.07.2018 / Duração: 120 minutos

Pânico na auto-estrada

TÓPICOS DE CORREÇÃO

Responsabilidade de A (crime de exposição ou abandono)

Tipicidade objetiva:

- O crime de exposição ou abandono constitui um crime de perigo concreto;
- Ao abandonar o carro no meio da auto-estrada, com uma criança de 3 meses lá dentro, **A** colocou em perigo a vida dessa criança “*abandonando-a sem defesa*”.
- **A** tinha o dever de “*guardar, vigiar ou assistir*” a criança, por força da sua relação de parentesco (paternidade) e, em particular, por força das características associadas a essa mesma relação: situação de proximidade efetiva e afetiva entre pai e filho e situação de dependência existencial do filho em relação ao pai;
- O resultado “*perigo para a vida*” (perigo concreto) – que se constata através do facto de a criança não ter morrido, em consequência de um choque entre carros, por uma circunstância excecional e *quase milagrosa* (o salvamento *in extremis* por terceiro) – pode ser objetivamente imputado ao comportamento de **A**, quer pela teoria da causalidade adequada (para um homem razoavelmente diligente colocado na situação do agente, no momento da prática do facto, seria previsível a colocação da criança naquele estado de perigo), quer pela teoria do risco (o estado de perigo para a vida em que a criança se encontrava constituía a concretização e materialização daquele mesmo perigo proibido criado por **A**).

Tipicidade subjectiva:

- **A** não atuou com dolo, na medida em que nem sequer representou o facto de estar a abandonar sem defesa o seu próprio filho, ou seja, nem sequer representou um

dos elementos constitutivos do tipo. **A** encontrava-se assim numa situação de erro do artigo 16.º, n.º 1, do CP, o qual exclui o dolo.

- Neste caso, **A** nem sequer poderia ser punido a título de negligência (artigo 16.º, n.º 3, do CP), na medida em que o crime de exposição ou abandono não admite a forma negligente.
- Logo, o comportamento de **A** não é (subjctivamente) típico.

Responsabilidade de D (crime de ofensa à integridade física)

Tipicidade objetiva:

- É necessário começar por analisar se o resultado ofensa à integridade física pode ser objetivamente imputado ao comportamento de **D**.
- Ao circular a bem mais de 120kms/hora, **D** criou um risco proibido. Contudo, pela teoria do risco, não basta que o agente crie um risco proibido para que possa responder, de seguida, por todos e quaisquer resultados que apresentem *uma qualquer relação* com aquele risco proibido.
- Ao invés, para que o agente possa responder por um resultado que ocorra na sequência da criação de um risco proibido é necessário que tal resultado constitua a *concretização e materialização* daquele mesmo risco proibido.
- Para verificar se tal *concretização e materialização* se verificou (análise *ex post*) a teoria do risco utiliza vários instrumentos, entre os quais, a figura da *esfera de proteção da norma*. Considerando que, para existir criação de risco proibido, é necessário que o agente tenha violado uma qualquer norma de cuidado, então, para que o resultado típico seja a *concretização e materialização* daquele risco proibido é também necessário que esse mesmo resultado típico seja um tal que esteja incluído no escopo de proteção – no fim de proteção – da norma de cuidado violada.
- Neste caso concreto, a norma que proíbe circular a mais de 120kms/hora na autoestrada não parece incluir na sua esfera de proteção a salvaguarda dos bens jurídicos de peões que se movimentem apeados na faixa de rodagem, em sentido contrário à marcha. Tal circunstância impede a imputação do resultado ao comportamento de **D**.
- Caso assim não se entenda (a propósito do escopo de proteção da norma), em qualquer caso, existiu aqui uma interposição da própria auto-responsabilidade da vítima que determina a interrupção do nexo de imputação objetiva do resultado ao

comportamento de **D**. Com efeito, neste caso, o resultado típico é explicado, não tanto (ou pelo menos não só) pelo risco proibido criado pelo **D**, mas principalmente (ou pelo menos também) pelo risco criado pela própria vítima.

- A teoria da causalidade adequada levaria a resultados idênticos, pois o atropelamento de um peão que se movimenta apeado na faixa de rodagem de uma auto-estrada, em sentido contrário à marcha, é uma circunstância imprevisível.
- Em tese, ficaria ressalvada a punibilidade da tentativa. Contudo: **(i)** o crime do artigo 143.º do CP não admite a punição da forma tentada; **(ii)** **D** não atuou com dolo (pois nem sequer representou a possibilidade, ou pelo menos não se conformou com ela, de atropelar alguém) e a punição da tentativa implica sempre a forma dolosa.

Responsabilidade de E (crime de condução perigosa)

Tipicidade objetiva:

- O crime de condução perigosa constitui um crime de perigo concreto;
- Ao conduzir em contra-mão na auto-estrada, “*violando grosseiramente as regras da circulação rodoviária relativas (...) à inversão do sentido de marcha em auto-estradas*”, e ao criar perigo para a vida dos outros três condutores, **E** preencheu o tipo objetivo do crime em causa.
- O resultado “*perigo para a vida*” (perigo concreto) – que se constata através do facto de **E** quase ter embatido em outros três carros – pode ser objetivamente imputado ao comportamento de **E**, quer pela teoria da causalidade adequada (para um homem razoavelmente diligente colocado na situação do agente, no momento da prática do facto, seria previsível a colocação dos outros condutores naquele estado de perigo), quer pela teoria do risco (o estado de perigo para a vida em que os outros condutores foram colocados constituía a concretização e materialização daquele mesmo perigo proibido criado por **E**).

Tipicidade subjetiva:

- **E** atuou com dolo porque representou e quis, ou pelo menos conformou-se com, todos os elementos constitutivos do tipo penal.

Ilícitude:

- Poder-se-ia equacionar (segundo a representação do agente) a existência de um estado de necessidade justificante (artigo 34.º do CP), na medida em que a condução em causa foi realizada como meio adequado para afastar um perigo atual que ameaçava interesses juridicamente protegidos do agente.
- É no entanto duvidoso que se encontrem preenchidas as *alíneas b) e c)* do artigo 34.º, do CP: por um lado, para evitar um (putativo) risco agudo e iminente para a sua própria vida, **E** criou um risco agudo e iminente para a vida de terceiros, pelo que não estaria preenchido o critério do interesse preponderante; por outro lado, não parece razoável exigir a terceiros que suportem esse risco agudo e iminente para a sua vida.
- Em qualquer caso, a verdade é que o perigo atual não existia, tendo sido erradamente representado pelo agente (não havia qualquer incêndio).
- Nessa medida, caso se entendesse que, a serem verdadeiras as circunstâncias representadas pelo agente, estariam preenchidos os pressupostos do artigo 34.º do CP, então, a consequência seria a seguinte: **(i)** mantinha-se a ilicitude do comportamento de **E**, pois o perigo atual efetivamente não existia; **(ii)** excluía-se o dolo (da culpa) pelo artigo 16.º, n.º 2, do CP, na medida em que o agente tinha representado erradamente os pressupostos de uma causa de justificação; **(iii)** ficava ressalvada a negligência, pelo artigo 16.º, n.º 3, do CP.

Culpa:

- Caso se entendesse que, a serem verdadeiras as circunstâncias representadas pelo agente, não estavam preenchidos os pressupostos do artigo 34.º do CP, então, sempre restaria a análise da causa de desculpa prevista no artigo 35.º do CP: a condução em causa foi realizada como meio adequado para afastar um perigo atual e não removível de outro modo, que ameaçava a vida e a integridade física do agente, quando não era razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.
- Neste caso, ter-se-ia de discutir os critérios de inexigibilidade de comportamento diferente, quer segundo uma lógica de suportabilidade do perigo em causa, segundo as forças e resistências expectáveis de um homem fiel ao direito colocado na posição do agente, quer segundo uma lógica – que, neste caso, não seria muito diferente da lógica anterior – de confrontação do conflito existente (entre a

suportabilidade do perigo e a violação da norma) com a estrutura ético-afetiva do agente em causa.

- Contudo, neste caso, continuava a verificar-se a circunstância anteriormente referida: o perigo atual não existia, tendo sido erradamente representado pelo agente (não havia qualquer incêndio).
- Nessa medida, caso se entendesse que, a serem verdadeiras as circunstâncias representadas pelo agente, estariam preenchidos os pressupostos do artigo 35.º do CP, então, a consequência seria a seguinte: **(i)** não se excluía a culpa de **E**, nos termos desse artigo 35.º, do CP, pois o perigo atual efetivamente não existia; **(ii)** excluía-se o dolo (da culpa) pelo artigo 16.º, n.º 2, do CP, na medida em que o agente tinha representado erradamente os pressupostos de uma causa de desculpa; **(iii)** ficava ressalvada a negligência, pelo artigo 16.º, n.º 3, do CP.

Responsabilidade de F e G (crime de sequestro)

Tipicidade objetiva:

- **F** e **G** detiveram e mantiveram a criança detida, pelo que preencheram a tipicidade objetiva do crime de sequestro.
- Quanto ao título participativo entre **F** e **G**, suscita-se a dúvida entre a autoria mediata, a co-autoria e a instigação:
- **F** determinou **G** a deter a criança, pelo que se poderia entender que existia uma situação de instigação, uma vez que, não obstante a ameaça de agressão proferida por **F**, a verdade é que **G** mantinha-se plenamente responsável (tendo culpa dolosa), mantendo a sua liberdade para se orientar pelas proibições penais.
- Contudo, nesse caso, a instigação acabaria por ser consumida pela co-autoria (uma vez que as formas de participação encontram-se numa relação de subsidiariedade implícita com as formas de autoria), na medida em que, no dia seguinte, os comparsas mantiveram a criança detida, pelo que ambos participaram, juntamente e por acordo, na fase de execução do crime.
- Apenas se poderia entender de forma diferente caso se defendesse que a ameaça proferida por **F** em relação a **G** era suscetível de afastar a plena responsabilidade deste último, ao abrigo do artigo 35.º do CP. Nesse caso, haveria uma situação de

instrumentalização de **G**, por parte de **F**, que fundamentaria a autoria mediata deste último (e a exclusão da culpa de **G**, que seria mero *instrumento*).

- Ora, embora esta questão possa ser discutida, a hipótese não apresenta elementos suficientes que permitam concluir que a ameaça de **F** tenha sido realizada com uma intensidade tal que tornasse inexigível que **G** respeitasse as proibições penais. Pelo contrário: considerando apenas os dados da hipótese, e não obstante a ameaça de **F**, era exigível que **G** cumprisse com o Direito. Como tal, se o aluno decidir o caso segundo esta solução, deve-se exigir uma fundamentação suficiente, não bastando a mera invocação da ameaça.

Tipicidade subjetiva:

- Ambos os agentes atuaram com dolo, preenchendo a tipicidade subjetiva do sequestro, uma vez que representaram e quiseram a detenção.

Ilicitude:

- Ao deter a criança, **F** e **G** evitaram que esta morresse num acidente rodoviário, produzindo um resultado de salvamento. Estariam assim verificados os pressupostos objetivos do estado de necessidade do artigo 34.º (poder-se-ia equacionar também a verificação dos pressupostos objetivos do consentimento presumido dos pais da criança, nos termos do artigo 39.º do CP).
- **F** e **G** nunca representaram essa possibilidade de salvamento, pelo que também nunca representaram a verificação dos pressupostos objetivos das causas de exclusão da ilicitude acima referidas.
- Nessa medida, poder-se-ia equacionar a aplicação (análoga, no caso de se entender que a causa de justificação relevante era o estado de necessidade justificante) do artigo 38.º, n.º 4, do CP, aplicando a pena ou o regime da tentativa. Com efeito, nos casos de justificação objetiva, nos quais falta, portanto, o conhecimento (elemento subjetivo) do respetivo pressuposto objetivo, temos uma situação em que a ação é desvaliosa, mas o resultado é tolerado ou até querido pelo Direito, havendo uma equiparação material à estrutura da tentativa. Caso se entendesse aplicar o regime da tentativa (e não apenas a respetiva pena), seria de sublinhar que o sequestro simples não admite a punição da forma tentada.

- Em qualquer caso – e o aluno não seria penalizado por eventualmente omitir esta circunstância – ainda que a aplicação analógica do artigo 38.º, n.º 4, do CP, pudesse fazer sentido no primeiro momento da detenção, dificilmente se poderia admitir tal aplicação em relação às 24 horas seguintes, em que os comparsas mantiveram a criança detida.

Responsabilidade de C (crime de homicídio)

Tipicidade objetiva:

- A morte de **G** é objetivamente imputável ao comportamento de **C**, sob o ponto de vista de qualquer das teorias de imputação objetiva.
- Contudo, o comportamento de **C** não visava a morte de **G**, mas antes de **A**. Poder-se-ia equacionar aqui um caso de erro na execução, em que existe a afetação de dois bens jurídicos diferentes: um que é visado mas não atingido e outro que é atingido mas não visado.
- Segundo a teoria da concretização, nesse caso, **C** seria punida pela tentativa de homicídio de **A** e pelo homicídio consumado negligente de **G**, na medida em que, em relação à vida de **G**, o agente nunca representou a possibilidade de praticar o facto típico, ficando o dolo excluído pelo artigo 16.º, n.º 1, do CP.
- Contudo, relativamente à tentativa de homicídio de **A**, verifica-se que a mesma é impossível, por inaptidão do meio empregue. Ainda assim, nos termos do artigo 23.º, n.º 3, do CP, tal tentativa impossível seria punível, na medida em que não era manifestamente impossível, criando a impressão de perigo (até porque **A** estava entubado). Admitir-se-ia entendimento diferente, seguindo por exemplo a lógica da Professora Maria Fernanda Palma, caso se invocasse, por razões de garantia do princípio da ofensividade, a inadmissibilidade da punição da tentativa *absolutamente* impossível (aquela que sempre falharia em qualquer mundo paralelo alternativo, com circunstâncias aproximadas ao caso concreto).
- Alternativamente, também se poderia equacionar uma solução mais próxima do erro sobre a identidade (*error in persona vel objecto*): C falha na representação que faz da realidade (identifica mal a máquina) e não propriamente na execução do gesto. Ou seja, C acerta efectivamente no alvo a que fez pontaria; fez simplesmente pontaria ao alvo errado. Nesse caso, C seria simplesmente punida por homicídio doloso consumado.